

## LA RESPONSABILITA' MEDICA NELL'UNIVERSO RISARCITORIO

Nell' immensa galassia del panorama risarcitorio, la costellazione della responsabilità medica rappresenta, da oltre un decennio, quella che ha annoverato le più radicali innovazioni sia nel campo dottrinale che giurisprudenziale, innovazioni molto spesso tra di esse contrastanti al punto da rendere il quadro estremamente variegato e poliedrico; si tratta, in sintesi, di una materia complessa ma nel contempo alquanto interessante.

Questa mia sintetica relazione, che muove da una sommaria analisi del fenomeno della c.d. “*malpractice*” e dai concetti cardine della responsabilità sotto il profilo penale e civile (arricchita dai recenti contributi giurisprudenziali di merito e di legittimità), involge in particolare il delicato ambito del “*consenso informato*”, istituito a tutt'oggi (nonostante i vari autorevoli interventi) dai contorni poco chiari agli operatori del settore.

Cercherò, infine, in modo assolutamente stringato (trattandosi di argomenti già sceverati dagli interventi ben più autorevoli di coloro che mi hanno preceduto) di sceverare le conseguenze di carattere risarcitorio del “(mal) *facere*” medico, indicando (anche grazie al mirabile contributo offerto agli addetti ai lavori dal testo della recentissima Ordinanza emessa di un eccellente Magistrato della Suprema Corte) le attuali categorie di danno, sia patrimoniale che non patrimoniale.

Non è, allora, inconsueto porsi il seguente interrogativo: “*quid iuris de jure condendo?*”

\* \* \* \* \*

Oggi, con sempre maggiore frequenza, il medico è chiamato a rispondere, davanti alle Autorità Giudiziarie, dei più disparati pregiudizi alla salute, riconducibili ad erronee e/o omesse indicazioni mediche.

Il medico, per sottrarsi alle infauste conseguenze di una chiamata in giudizio, deve subordinare (*melius*, anteporre a) ogni suo intervento al preventivo consenso informato del paziente e, nel contempo, eseguire una prestazione professionale immune da errori (di natura commissiva e/o omissiva) con la massima diligenza, prudenza e perizia.

Ma quando, sotto il profilo strettamente giuridico, una prestazione può ritenersi corretta ed esente da colpa?

I parametri ed i criteri ai quali la giurisprudenza ha spesso attinto, allo scopo di valutare nella fattispecie la sussistenza o meno della colpa nella condotta posta in essere dal sanitario, sono stati la prevedibilità e la evitabilità, sia nella fase diagnostica che in quella

terapeutica. L'opzione, da parte del medico, del migliore trattamento, fra quelli possibili deve, in sostanza, essere preceduta da preventivo ed accurato giudizio di prevedibilità e conoscibilità dei vantaggi e rischi del trattamento praticato e, quindi, di evitabilità di tutti i potenziali pericoli insiti nel medesimo trattamento.

Il medico, attingendo al proprio bagaglio professionale, fatto di conoscenze mediche, scientifiche e tecniche, deve *ex ante* valutare, con giudizio evidentemente prognostico, i *pro* ed i *contro* della prestazione effettuabile e vagliare quali rischi possano o meno essere evitati. Ne deriva che se, in ragione delle peculiarità dell'ipotesi specifica portata al suo esame, sia stata oggettivamente impossibile la previsione del rischio o la sua evitabilità, la responsabilità è esclusa.

Eseguita la scelta del trattamento sanitario migliore e più idoneo alla luce dei criteri innanzi enunciati, la prestazione sanitaria deve essere eseguita con diligenza, prudenza e perizia; l'attività medica discende da un patrimonio costituito dalle conoscenze acquisite nel campo della comunità scientifica. Allorquando si parla del dovere di diligenza del professionista come un elemento essenziale della sua opera, si fa riferimento all'art. 1176 c.c. che disciplina la prestazione professionalmente corretta e diligente precisando che *“nell'adempiere l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia”* e che *“nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata”*. L'obbligo in questione si estrinseca per il medico nel pieno rispetto delle regole di buona pratica sanitaria, nell'esecuzione di ogni attività essenziale per la realizzazione del risultato e nell'aggiornamento continuo, strumento questo indispensabile per garantire al paziente un trattamento sicuro.

La peculiarità risiede nella circostanza che la diligenza professionale, anziché essere parametrata all'individuo dotato di normali capacità, è, secondo quanto richiesto dalla citata norma, specifica in quanto diversamente valutata in relazione alla natura della attività svolta. In sintesi, il vecchio modello di riferimento del generico *bonus paterfamilias* si è evoluto in quello ben più cogente del *buon professionista* e della specializzazione cui appartiene il medico che si assume la relativa obbligazione nei confronti del paziente.

Il parametro è, dunque, offerto dalle cognizioni e abilità tecniche che caratterizzano quella determinata branca della medicina concretamente esercitata dall'operatore e dalla conseguente aspettativa del paziente.

In Italia, la dottrina giuridica ha osservato che le regole in tema di responsabilità medica stanno evolvendo da una classica situazione di *under compensation* (in cui il risarcimento

assicurato alle vittime della *malpractice* medica era assolutamente irrisorio, anche a causa della rigida applicazione delle regole dettate in tema di responsabilità) ad una situazione di *over compensation*, intesa più come aumento vertiginoso del numero dei processi che come incremento degli importi liquidati ai pazienti a titolo di risarcimento.

I continui progressi (e risultati) conseguiti nel campo medico - scientifico hanno spinto la giurisprudenza a veicolare la prestazione medica dall'originale definizione di una mera obbligazione di mezzi (il medico si impegna ad agire con la massima diligenza ma senza garantire il risultato finale sperato dal paziente) ad una obbligazione di risultato (in cui, appunto, il medico è chiamato a rispondere tutte le volte in cui non raggiunge il risultato auspicato dal paziente).

Il medico è colposamente inadempiente allorché spende una condotta imprudente, imperita e negligente.

### **Responsabilità penale**

La *responsabilità penale* del medico si concretizza allorché la violazione di doveri professionali integra gli estremi di un reato previsto dal codice penale o sia punita dalle disposizioni contenute nel T.U.L.S. o in altre leggi (ad es. norme in materia di sostanze stupefacenti, di interruzione volontaria di gravidanza, ecc.). Tale tipo di responsabilità può essere di natura dolosa o colposa, commissiva od omissiva, può configurare reati comuni (di frequente, lesioni personali e nei casi più gravi omicidio), oppure costituire reati propri della professione (falsità ideologica).

Nello specifico, la responsabilità di natura *dolosa* è rappresentata da quelle trasgressioni volontarie e coscienti, tali da presupporre il dolo, connaturate con l'esercizio stesso della professione sanitaria: omissione di referto, interruzione illecita della gravidanza, falsità in atti, omissione di denuncia obbligatoria ed infine i ben più gravi reati di violenza privata ed ispezione corporale arbitraria che possono configurarsi anche in seguito a trattamenti medico - chirurgico - anestesiológicos praticati senza il consenso del paziente.

La responsabilità *colposa* è, invece, la forma più tipica e frequente di responsabilità professionale; si realizza, secondo il dettato dell'art. 43 c.p., allorché un medico, per negligenza, imprudenza e/o imperizia (colpa generica) ovvero per la inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline (colpa specifica), cagiona, senza volerlo, morte o lesioni fisiche.

Nell'ipotesi di colpa specifica, la violazione di norme imposte per legge comporta la presunzione di colpa nei riguardi dei danni conseguenti, senza possibilità da parte dello incolpato di fornire la prova del contrario (*cd. errore inexcusabile*).

La responsabilità da imperizia grava, come è ovvio, più sul medico specialista che su quello generico, allorquando l'errore verta su di un campo specifico; la responsabilità da imprudenza, può gravare più sul medico generico, se quest'ultimo si è avventurato in tecniche complicate e rischiose di cui non possedeva la necessaria competenza; la responsabilità da negligenza, infine, grava in eguale misura su ogni medico.

La colpa può essere: 1) grave, allorquando non viene adottata la diligenza, prudenza e perizia propria di tutti gli uomini, tale da essere inexcusabile; 2) lieve, allorquando non viene usata la diligenza, prudenza e perizia propria di ogni uomo di media capacità; 3) lievissima, quando non viene usata la diligenza, prudenza e perizia propria delle persone molto dotate di oculatezza e prudenza. L'esercizio della *ars medica*, a differenza di molte altre professioni, mette a nudo innumerevoli incertezze scientifiche, dubbi diagnostici, insufficienze dei mezzi curativi; essa, inoltre, si scontra frequentemente con dei rischi e delle complicanze imprevedibili, che sono direttamente proporzionali alle difficoltà tecniche. Per tali precipui motivi, benché in tema di responsabilità penale non si faccia distinzione circa il grado della colpa, è stato spesso utilizzato, anche in sede penale il principio fissato nell'art. 2236 c.c., secondo cui se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o colpa grave. Il richiamo all'art. 2236 c.c. è stato a lungo sfruttato per legittimare un orientamento indulgente nei confronti della classe sanitaria, senza considerare che la limitazione della responsabilità alla sola colpa grave andava riferita esclusivamente all'imperizia e non alla imprudenza e negligenza.

Acquista sempre maggiore rilievo la problematica della responsabilità penale del lavoro eseguito in *équipe*: la Costituzione afferma all'art. 27, 1 cpv, che la responsabilità penale è personale e, pertanto, ciascuno dovrebbe rispondere solo dei propri errori, senza avere obblighi di sorveglianza nei confronti degli altri componenti, neppure da parte del primario o capo-*équipe*, ma la situazione è ancora controversa.

In generale, il capo *équipe*, se sussiste un rapporto gerarchico, oltre alla responsabilità specifica conseguente alla sua specializzazione, avrà anche quella di controllare l'operato dei sanitari che con lui collaborano; altrimenti, se uno di questi incorre in qualsivoglia colpa (evitabile con una adeguata vigilanza) entrambi ne risponderanno a diverso titolo.

Si può, altresì, sostenere, con le dovute riserve, che il soggetto investito dell'obbligo di vigilanza sia responsabile oltre che dell'intero svolgimento dell'intervento anche delle fasi successive.

Ne consegue che anche gli esiti cicatriziali derivanti dalla errata medicazione possono essere riferiti all'autore dell'intervento chirurgico; con la sentenza n. 3492/2002 la Corte di Cassazione ha statuito che *"se l'intervento in senso stretto può ritenersi concluso con l'uscita della paziente dalla camera operatoria, tuttavia un obbligo di sorveglianza sulla salute del soggetto operato certamente grava sul sanitario anche nella fase postoperatoria"*.

### **Responsabilità civile**

Sorge dai rapporti di diritto privato che il medico esercente la professione contrae col paziente (cliente). In primo luogo, si concretizza un rapporto di natura contrattuale allorché un paziente richiede una prestazione sanitaria ad un determinato medico o ad un Ente, che accetta di fornirla. L'inadempienza comporta, dunque, una responsabilità contrattuale. Se in seguito all'inadempienza si verifica anche un danno fisico o, addirittura, la morte del paziente si ha il concorso anche della cd. responsabilità extracontrattuale (la prestazione è fornita in via occasionale, in virtù di un turno di lavoro o in situazioni di urgenza).

Da tale distinzione, discendono conseguenze che involgono diversi profili, quello dello onere della prova (colui che affermi di aver subito un danno, deve comunque fornirne la prova, mentre la colpa sarà presunta nella responsabilità contrattuale e dovrà essere provata in quella extracontrattuale), quello del grado della colpa (la colpa può essere grave, lieve o lievissima: in sede di responsabilità contrattuale si risponde soltanto per colpa grave o lieve, cioè almeno di media entità, in quella aquiliana si risponde anche per una colpa lievissima).

La giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, affermano oramai concordemente che la responsabilità della struttura sanitaria è contrattuale, sul rilievo che l'accettazione del paziente in ospedale, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto. A sua volta anche l'obbligazione del medico dipendente dalla struttura sanitaria nei confronti del paziente, ancorché non fondata sul contratto, ma sul "contatto sociale", ha natura contrattuale.

In tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di responsabilità professionale da contatto sociale del medico, ai fini del riparto dell'onere probatorio, l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare il contratto e l'aggravamento della

patologia o l'insorgenza di un'affezione e allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato. Competerà al debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante.

Al riguardo, si richiama la recente sentenza 14 febbraio 2008, n. 3520 della Corte di Cassazione Civile, Sezione III, “*Spetta al medico/debitore la prova della mancanza di colpa (sub specie della sopravvenienza, nella serie causale che dall'intervento ha condotto all'evento di danno, di un fatto inevitabile o imprevedibile), mentre il paziente è tenuto soltanto a provare il rapporto (nella specie, contrattuale) con il professionista e la riferibilità a quest'ultimo dello intervento, allegando il risultato peggiorativo conseguito*”.

Questa recentissima sentenza “appesantisce” non poco la posizione processuale del sanitario e fa meditare profondamente sullo “stato dell’arte”. E’ proprio il ribaltamento dell’onere probatorio che schiude praterie di responsabilità, anche “a prescindere” e che si radicano su un “principio di colpevolezza”. La difesa tecnica del convenuto è tenuta a porre non solo eccezioni avverso la domanda attorea, ma quasi a mo’ di ribaltamento delle vesti processuali, addirittura a dover provare di non aver posto in essere un “facere” censurabile sotto ogni profilo. Ove, per qualsiasi ragione (anche la inerzia professionale del legale) non venisse al momento giusto effettuata la richiesta o la disamina, il sanitario sarebbe completamente in ...balia del (grave) disposto del giudice di legittimità. Ed ecco che il principio cardine del diritto processuale (“*chiunque vuol far valere un diritto in giudizio deve darne le prove a fondamento*”) soggiace alla dura legge dell’inversione dell’onere probatorio in questa materia dalla *vexata complexita*.

Grave è sotto questo profilo la posizione del primario che opera in stretta simbiosi con il proprio aiuto o con una equipe medica.

Il primario viene oggi considerato come dirigente con incarico di direzione di struttura complessa e la sua figura è nettamente valorizzata dalle interpretazioni fornite dai giudici di legittimità: avendo questi quel generico obbligo di garanzia nei confronti dei pazienti, è ritenuto responsabile per gli eventi lesivi determinati dalle condotte poste in essere dai componenti del suo reparto, subalterni *in primis*.

Assai spesso pertanto, si ritrovano nella prassi giurisprudenziale affermazioni di responsabilità del primario per omesso o inadeguato esercizio dell’obbligo di direzione e controllo dell’operato dei suoi sottoposti. Talché, allorquando un aiuto o un medico chirurgo del proprio reparto operi di concerto con lui, non viene meno, in capo al primario, quel generico obbligo di controllo e vigilanza sull’operato altrui. Tutto ciò fermo restando che la responsabilità del

primario non costituisce una esimente per i sottoposti, bensì una responsabilità aggiuntiva che afferisce al concetto di vigilanza ed è in re ipsa.

Questa grave situazione, oserei dire, di reità a prescindere è radicata alla recente giurisprudenza civilistica, mentre, per fortuna del sanitario (ma per quanto ancora?!), il panorama della responsabilità penale è affievolito da sentenze che escludono la responsabilità in casi di colpa grave non chiaramente manifesta.

### **Nesso di causalità**

L'individuazione in capo al sanitario di una responsabilità in ordine all'evento dannoso è strettamente legata alla riconducibilità causale dell'evento all'azione od alla omissione del sanitario. Per la corretta determinazione del rapporto di causalità, trovavano fino a poco tempo fa applicazione, anche in sede civilistica, i principi espressi negli artt. 40 e 41 c.p., in conformità con quanto affermato dalla giurisprudenza della Corte Cassazione (Sez. III, Civ. 15.01.1996 n. 268): *“Nel caso che l'evento dannoso si ricolleggi a piu' azioni o omissioni, il problema del concorso delle cause trova soluzione nell'art. 41 c.p., secondo cui, in presenza di una pluralita' di fatti imputabili a piu' persone, a tutti deve riconoscersi un'efficacia causativa ove abbiano determinato una situazione tale che senza di essi l'evento, sebbene prodotto dal fatto avvenuto per ultimo, non si sarebbe verificato. Qualora, invece, la causa sopravvenuta sia stata da sola sufficiente a determinare l'evento, questa puo' assurgere a causa efficiente esclusiva, in quanto, inserendosi nella successione dei fatti, toglie ogni legame tra le cause remote e l'evento”*.

Il nodo che il testo dei citati articoli lascia irrisolto (nonostante i meritori sforzi profusi da dottrina e giurisprudenza) è quello dell'esatta configurazione del rapporto tra evento dannoso e azione od omissione. Secondo la formulazione tradizionale della teoria della *“condicio sine qua non”* rappresentano *“causa”* dell'evento gli antecedenti senza il verificarsi dei quali l'evento non si sarebbe mai prodotto, antecedenti individuati sulla scorta del processo della c.d. eliminazione mentale (la condotta è *condicio sine qua non* dell'evento *“se non può essere mentalmente eliminata senza che l'evento stesso venga meno”*).

Si stringe sempre di più la morsa della Cassazione Civile sulla colpa medica, alimentando la pioggia di condanne al risarcimento danni che si abbatte sui dottori.

Nel corso dell'ultimo anno si sono susseguite importanti sentenze, che hanno *ufficializzato* quanto già mirabilmente evidenziato da autorevoli esponenti in dottrina: la creazione di una vera e propria forbice tra gli orientamenti civili e penali della Suprema Corte in tema di responsabilità professionale dei camici bianchi.

Con il primo orientamento (quello civile) certamente più favorevole verso i pazienti e il secondo più garantista nei confronti dei professionisti. D'altro canto (e non potrebbe essere diversamente), la disparità è figlia degli interessi in gioco e del diverso baricentro:

in ambito civile prevale l'esigenza di ristorare un danno (biologico, morale, esistenziale), in campo penale quella di tutelare diritti inviolabili della persona, come quello alla libertà personale.

Il giro di vite della Cassazione Civile ha avuto inizio poco meno di un anno fa, con la sentenza n. 8826/07 della Terza Sezione. Una sorta di "summa" della giurisprudenza più recente sul tema, che ha consolidato il principio del "favore verso il danneggiato" e ha, nel frattempo, ribadito alcuni punti cruciali: la responsabilità del medico è sempre di natura contrattuale, basata sul semplice «contatto sociale» con il paziente; la distinzione tra obbligazione di mezzi e di risultato è superata, per cui il camice bianco deve sempre effettuare prestazioni "qualificate" per raggiungere il risultato "perseguito o sperato", salva la dimostrazione che l'evento si sia verificato per fatti imprevedibili o imprevedibili; l'onere di provare la particolare difficoltà della prestazione, che limita la responsabilità ai sensi dell'articolo 2236 del Codice civile, spetta sempre al medico.

La Corte ha affermato il principio per cui, una volta che il danneggiato abbia provato la difformità della prestazione ricevuta rispetto al modello normalmente realizzato da una condotta improntata alla dovuta diligenza, al medico-debitore incombe l'onere di provare che l'inesattezza della prestazione dipende da causa lui non imputabile, cioè che il peggioramento delle condizioni del paziente è stato dovuto ad un evento imprevedibile e non superabile con l'adeguata diligenza.

La prova che la Corte richiede al medico è a tutti gli effetti una prova di tipo causale: la dimostrazione che l'evento dannoso si è verificato per l'intervento di un fattore estraneo alla sfera soggettiva del medico e non ricollegabile causalmente al suo operato.

In buona sostanza, la giurisprudenza fa proprio un principio che sostanzialmente equivale all'inversione della regola della *condicio sine qua non*.

La regola condizionalistica o della *condicio sine qua non* è alla base di tutte le principali teorie eziologiche e può considerarsi principio acquisito del nostro ordinamento giuridico, sotteso a norme chiave come l'art. 40 c.p. nonché gli articoli 1221, 1223 e 1227 c.c.. Secondo tale regola, costituisce causa di un evento ogni comportamento (sia esso attivo od omissivo) umano che abbia concorso a cagionarlo, a meno che l'evento si sia verificato per l'intervento di cause estranee, senza le quali l'evento certamente non si sarebbe prodotto o sarebbe stato altrimenti evitabile.

E secondo la regola processuale dell'art. 2697 c.c., la prova positiva dell'esistenza del nesso causale dovrebbe essere fornita dall'attore, che dovrebbe, quindi, dimostrare che il

comportamento del danneggiante - convenuto è stato condizione necessaria dell'evento dannoso.

Ma in alcune fattispecie, e la *malpractice* medica è forse attualmente il più significativo, quest'ultima regola può essere invertita. Proprio questo è il senso del principio affermato dalla sentenza n. 8826/2007: non è più il danneggiato a dover fornire la prova che il comportamento del danneggiante è stato una condizione senza la quale il danno non si sarebbe verificato, ma è il danneggiante a dover provare che il danno si è verificato per l'intervento di fattori a lui estranei.

Nel mese di ottobre dello scorso anno è arrivata un'altra batosta: sempre la III Sezione della Suprema Corte (sentenza n. 21619/07) ha chiarito che in sede civile, per accertare il nesso di causalità tra la condotta del sanitario e il danno subito dal paziente, vale la regola del “*più probabile che non*”, molto più soft rispetto a quella vigente in ambito penale, per la quale il legame va accertato “oltre ogni ragionevole dubbio” e “*secondo un elevato grado di credibilità razionale*”. L'impianto giustificativo della pronuncia si basa, in gran parte, sulla prospettazione delle differenze intercorrenti tra il sistema della responsabilità civile rispetto a quello penale, in termini di finalità, regole ed effetti. In particolare, si sottolinea che la disciplina penale è rivolta al reo, mentre l'illecito aquiliano si incentra sul danneggiato; inoltre, il fatto reato è tipico, mentre l'articolo 2043 c.c. è una clausola generale atipica; nel sistema penale vi è l'esigenza di non trasformare, in caso di reato omissivo improprio, il reato di danno in reato di pericolo o di mera condotta, timore che, invece, non si pone in ambito civilistico; il necessario ricorso, in sede penale, alle sole leggi scientifiche per individuare la cd. legge di copertura, mentre nell'illecito civile entrano in gioco concetti più elastici, mutuati anche da discipline economiche e sociali.

In sostanza, poste le suindicate peculiarità, i giudici di legittimità richiedono, nel giudizio penale, con estremo rigore, la quasi certezza, mentre, in materia civile (v. anche Cassazione 9471/2004), ci si limita ad accertare la probabilità, con conseguente aggravio, in materia di responsabilità medica, della posizione del professionista chiamato per il risarcimento.

Qualche mese fa, dopo questa sentenza (21619/07) si era autorevolmente scritto da più parti di un terremoto nella causalità e si sarebbe potuto pensare che questa pronuncia sarebbe rimasta isolata; oggi con la sentenza 11.01.2008 n. 581 sono le Sezioni Unite Civili ad indicare i criteri di accertamento e valutazione del nesso causale in ambito

civile. All'epoca della famosa sentenza Franzese si disse da più parti che essa avrebbe segnato il definitivo divario tra responsabilità civile e penale in relazione ai criteri di accertamento del nesso di causalità. Vero è, al contrario, che soltanto adesso con la sentenza n. 581/2008 e le altre sentenze gemelle, le Sezioni Unite civili hanno differenziato in maniera significativa l'accertamento del nesso causale in sede penale e in sede civile.

Il carico da novanta è stato, infatti, aggiunto dalle Sezioni Unite civili, con le sentenze n. 577 e 583 di inizio anno.

La prima (*“In tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di responsabilità professionale da contatto sociale del medico, ai fini del riparto dell'onere probatorio, l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare il contratto (o il contatto sociale) e l'aggravamento della patologia o l'insorgenza di un'affezione ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato. Competerà al debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante”*) ha sancito che la responsabilità contrattuale della struttura sanitaria, pubblica o privata, nei confronti del paziente può verificarsi, anche se l'errore è stato commesso da personale ausiliario o se è stato causato da cattiva organizzazione. E ha confermato l'onere semplificato per il malato che agisca per chiedere il risarcimento, diretta conseguenza della qualificazione della responsabilità come contrattuale: a lui spetta solo *“dimostrare il contratto (o il contatto sociale) e l'aggravamento della patologia o l'insorgenza di una affezione e allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato”*. Al medico compete invece tutto il resto: dimostrare la propria diligenza, l'eventuale difficoltà della prestazione e l'interferenza di eventi imprevisi o imprevedibili.

In questo caso, gli “ermellini” hanno fatto il punto sul tema della ripartizione dell'onere probatorio tra medico/casa di cura e paziente nell'ambito del caso di un soggetto che assumeva di aver contratto l'epatite “C” in seguito ad alcune trasfusioni praticategli in occasione di un intervento chirurgico. La Corte ha così ribaltato le statuizioni dei giudici di merito di primo e secondo grado i quali avevano escluso il diritto al risarcimento ritenendo che l'attore non avesse provato il nesso di causalità tra l'emotrasfusione e l'epatite “C” non avendo, lo stesso, prodotto documentazione idonea ad escludere che alla data del ricovero non fosse già portatore della patologia lamentata.

Con l'occasione i giudici hanno altresì precisato che sia la responsabilità della struttura sanitaria che quella del medico dipendente si configurano quali responsabilità

contrattuali, nel primo caso in base al fatto che “l'accettazione del paziente in ospedale, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto”; nel secondo poiché si instaura tra paziente e sanitario un “contatto sociale” avente natura contrattuale.

La seconda pronuncia (583/08), intervenendo sul caso delle trasfusioni di sangue infetto, ha inoltre posticipato i termini per il decorso della prescrizione: cominciano «non dal giorno in cui il terzo determina la modificazione che produce il danno altrui o dal momento in cui la malattia si manifesta dall'esterno, ma dal momento in cui viene percepita o può essere percepita quale danno ingiusto conseguente al comportamento doloso o colposo di un terzo». Da quando, cioè, il malato la mette in relazione con la condotta del medico. Un altro colpo a vantaggio dei pazienti.

Un ulteriore interessante contributo in tema di nesso eziologico è offerto dalla sentenza n. 4177 del 2.02.2007 pronunciata dalla IV Sezione Penale della Corte di Cassazione, con la quale si esorta il giudice di merito ad un radicale e compiuto accertamento del rapporto causale tra condotta ed evento, partendo da una legge scientifica di copertura che non può non essere una mera legge statistica, ma dovrà radicare l'attendibilità al caso concreto.

La Corte, ritornando sul tema già affrontato nel 2002 dalla celebre Sentenza Franzese, ha rilevato: *“Come puntualizzato anche in dottrina, bisogna partire dalla considerazione che la risposta sulla sussistenza o meno del nesso eziologico non può essere esaustivamente e semplicisticamente trovata, sempre e comunque, nelle leggi statistiche. È un assunto ormai non più dubitabile, dopo quanto ampiamente osservato proprio dalle Sezioni Unite, con la sentenza Franzese. Però, non può neppure affermarsi che le leggi statistiche, in precedenza considerate decisive, debbano essere completamente trascurate. Le leggi statistiche, in vero, sono solo uno degli elementi che il giudice può e deve considerare, unitamente a tutte le altre emergenze del caso concreto. Con la conseguenza che il giudizio positivo sulla sussistenza del nesso eziologico non si baserà più solo sul calcolo aritmetico statistico (quale che sia la percentuale rilevante), ma dovrà trovare il proprio supporto nel l'apprezzamento di tutti gli specifici fattori che hanno caratterizzato la vicenda concreta. Il giudice, in buona sostanza, dovrà partire dalle leggi scientifiche di copertura e in primo luogo da quelle statistiche, che, quando esistano, costituiscono il punto di partenza dell'indagine giudiziaria. Però, dovrà poi verificare se tali leggi siano adattabili al caso esaminato, prendendo in esame tutte le caratteristiche specifiche che potrebbero minarne in un senso o nell'altro il valore di credibilità, e dovrà verificare, altresì, se queste leggi siano compatibili con l'età, il sesso, le condizioni generali del paziente, con la presenza o l'assenza di altri fenomeni morbosi interagenti, con la sensibilità individuale ad un determinato trattamento farmacologico e con tutte le altre condizioni, presenti nella persona nel cui confronti è stato omesso il trattamento richiesto, che appaiono idonee ad influenzare il giudizio di probabilità logica. In una tale prospettiva, il dato statistico, lungi dall'essere considerato ex se privo di qualsivoglia rilevanza, ben potrà essere apprezzato dal giudice, nel caso concreto, ai fini della sua decisione, se riconosciuto come esistente e rilevante, unitamente a*

*tutte le altre emergenze fattuali della specifica vicenda sub iudice, apprezzando in proposito, laddove concretamente esistenti ed utilizzabili, oltre alle leggi statistiche, le “regole scientifiche” e quelle dettate dall’esperienza”.*

In estrema sintesi, la Corte “esorta” il giudice di merito a valutare scientificamente e non soltanto probabilisticamente (in senso “statistico”) caso per caso ai fini di giudicare la condotta omissiva del sanitario per poi addivenire ad un convincimento compiuto, tale cioè da compenetrare tutte le varie componenti del suo “*facere*” o, meglio, del suo “*non facere*”. Per giungere ad un giudizio di elevata credibilità razionale circa la riconducibilità dell’evento oltre ogni ragionevole dubbio alla condotta omissiva del medico, il giudice dovrà valutare l’insorgere di eventuali “*fattori alternativi*” e di un eventuale possibile intervento nella fattispecie di una “*causa eccezionale sopravvenuta*” idonea ad assurgere a sola causa dell’evento letale (articolo 41, comma 2, c.p.).

### **Consenso Informato**

L’espressione “*consenso informato*”, in ambito medico, viene usata per indicare l’adesione consapevole e volontaria del paziente all’atto medico proposto, che in tale guisa diviene legittimo.

Oggi, infatti, la prestazione sanitaria, anche se correttamente eseguita e con beneficio per la persona del paziente, risulta illecita, comportando responsabilità giuridica al medico che l’attuò senza aver ottenuto un preventivo consenso informato, valido del paziente. Il consenso informato è il fondamento etico, giuridico e deontologico dell’atto medico, mentre in passato tale fondamento era rappresentato dalla finalità di cura che era insita nell’atto.

Di consenso all’atto medico, nel significato di assenso, se ne è sempre parlato fin dalla antichità. Il cambiamento rivoluzionario si realizza, allorquando compare l’aggettivo “*informato*” accanto al sostantivo “*consenso*”, che introduce come novità sostanziale la necessità, ovvero l’obbligo del medico di informare il paziente su tutti gli aspetti relativi alla sua salute e ai possibili trattamenti affinché questi possa aderire alla decisione clinica in maniera consapevole. L’aggettivo “*informato*” porta, altresì, il concetto fondamentale della comprensibilità e della comprensione dell’informazione da parte di chi la riceve: questa non può ritenersi soddisfatta attraverso la fredda, burocratica elencazione di tutti i possibili aspetti tecnico-scientifici inerenti al problema di salute dell’utente.

L’informazione, impregiudicato il requisito della sua completezza, realizza il consenso informato solo nel momento in cui viene resa accessibile all’interessato ed è compresa

effettivamente dal paziente stesso. Ciò ha comportato una rivoluzione dell'orizzonte culturale medico che ha cambiato il rapporto medico - paziente che dal tradizionale modello ippocratico paternalista, in cui era il medico a decidere in “*scienza e coscienza*” il bene del paziente, è passato a quello basato sull'autonomia, dove è quest'ultimo a scegliere sulla base di opzioni di cure prospettate dal medico.

Da quando si parla di consenso informato, è stato sancito l'obbligo, per il medico, di ottenere uno specifico assenso all'atto medico in tutti quei casi, in cui, in altre fattispecie diversa da quella del trattamento terapeutico, si sarebbero perfezionati specifici reati.

Detto obbligo trova riscontro nella stessa *Carta Costituzionale*, all'art. 32, II cpv, ove si afferma “*nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge*” e che “*la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana*”; l'art. 13 Cost. sancisce che “*la libertà personale è inviolabile*” e che “*non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione, o di perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge*”.

Un altro chiaro riferimento alla necessità di munirsi, in via preventiva del consenso del paziente, è contenuto nell'art. 50 del codice penale (rubricato “*consenso dell'avente diritto*”), che così recita: “*non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, con il consenso della persona che può validamente disporre*”.

Per essere giuridicamente valido il consenso della persona assistita deve qualificarsi come *informato, esplicito, libero, autentico e immune da vizi*.

Il paziente, in generale non è un esperto di medicina per cui l'informazione che deve ricevere dal medico, deve essere semplice e comprensibile oltre che rapportata al livello di cultura, esauriente nel senso che deve chiarire o rispondere a tutti i dubbi o le richieste dell'assistito. L'informazione deve essere veritiera, serena ed emotivamente equilibrata, sorretta da speranza e controllato ottimismo; comunque, in rapporto con la reattività del paziente, potrà essere valutata l'opportunità di non rivelare al malato o di attenuare una prognosi grave o infausta, nel qual caso questa dovrà essere comunicata ai congiunti. A contrario, la richiesta dei familiari di fornire al paziente informazioni non veritiere non è vincolante per il medico.

In mancanza di una norma specifica dalla quale promani la liceità del consenso all'atto medico, in dottrina sono state elaborate diverse ipotesi circa la sua natura giuridica:

- a) vera e propria causa di giustificazione valida per qualsiasi trattamento sanitario;
- b) presupposto-limite necessario per la liceità di un'attività giuridicamente autorizzata;
- c)

requisito ordinario imprescindibile di liceità il quale, se non l'elemento scriminante, risulta condizione necessaria per la validità del trattamento.

La questione, ovviamente, meriterebbe una trattazione approfondita: ma in questa sede mi limito a rilevare che la funzione di permettere al paziente una libera e consapevole scelta se sottoporsi o meno ad un certo trattamento, onde garantire la sua libertà di autodeterminazione in ordine alla sfera psico-fisica, induce l'orientamento maggioritario a ricondurre il consenso nell'ambito dei diritti costituzionali della persona (articoli 2, 13 e 32, comma 2, della Costituzione).

D'altronde, è proprio sulla rilevanza costituzionale del bene tutelato che si fonda il consolidato orientamento dottrinale e giurisprudenziale di ammettere il concorso tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale del medico *ex art. 2043 c.c.*

Volendo tentare una rapida elencazione di massima dei requisiti su cui vi è maggiore condivisione, può dirsi che un consenso informato legittimamente valido:

- 1) deve garantire la corretta informazione in ordine alla diagnosi della malattia nonché all'intervento consigliato, con particolare attenzione all'illustrazione di quelli che sono gli eventuali benefici e/o rischi connessi al trattamento consigliato ed al suo rifiuto;
- 2) deve essere *espreso*: non può essere desunto *per facta concludentia* e non è sufficiente se tacito, pur non occorrendo formule sacramentali.

E', in ogni caso, auspicabile che il consenso sia rilasciato in forma scritta, non soltanto perché in tal modo, in caso di contestazione, il medico si troverà nelle condizioni di dimostrare di avere acquisito un legittimo consenso (non ammettendosi da più parti la possibilità di ricorrere alla prova testimoniale con l'ascolto dei colleghi del sanitario al quale è contestato il deficit informativo), ma anche perché si ritiene che il paziente possa meglio "assimilare" le numerose informazioni fornite dal medico.

Anche per tali ragioni, è invalsa la prassi nelle strutture sanitarie di ricorrere all'ausilio di moduli prestampati per ricevere il consenso del paziente; è, però, intuitivo che il ricorso al modulo o all'atto scritto risponde ad un reale rispetto dei diritti a ciò sottesi soltanto quando essi riproducano, sia pure per sommi capi, i termini del colloquio informativo che effettivamente il sanitario abbia avuto con il paziente, non potendo pensarsi di assimilarlo ad una sorta di "lasciapassare" o di "nulla-osta", frettolosamente fatto siglare al paziente magari da personale paramedico delegato.

- 3) deve essere *personale*: non appare ammissibile alcuna forma di rappresentanza, cosicché non può che provenire dalla persona che ha la disponibilità giuridica del bene

protetto, vale dire il paziente, nessuna efficacia giuridica potendo essere riconosciuta alla volontà di terzi o degli stessi familiari (tranne che nell'ipotesi di esercizio della tutela o della potestà dei genitori, rispettivamente per il paziente incapace e per il paziente minore degli anni diciotto).

4) deve essere *consapevole*: il paziente deve essere capace di intendere e di volere.

5) deve essere *libero*: cioè, immune da coartazione, inganno o errore, né contrario all'ordine pubblico ed al buon costume; in ogni caso, il consenso non è insindacabile né è traducibile in arbitraria volontà di fare del proprio corpo ciò che si desidera.

6) deve essere *preventivo*: precede l'avvio del trattamento ed è suscettibile di revoca.

7) deve essere *specifico*: si riferisce unicamente alla prestazione che viene prospettata al paziente; il che vuol dire, in primo luogo, che un intervento diverso da quello consentito non è legittimato, salvo che nei precisi limiti in cui venga a configurarsi una situazione riconducibile allo stato di necessità.

E' di fondamentale importanza che il paziente esprima con cognizione di causa la sua volontà; peraltro, nel caso di trattamenti terapeutici ciclici (cioè di quelle attività mediche che richiedono la ripetizione in un dato arco temporale di attività mediche analoghe, connotate dai medesimi fattori di rischio) – una volta espresso il consenso iniziale, sulla scorta di un'informazione resa per lo svolgimento dell'intera terapia, esso non deve essere di volta in volta rinnovato, anche ove il medico, che esegue una fase della terapia, sia diverso da quello che all'inizio del trattamento ha ricevuto il consenso espresso.

Il consenso deve essere normalmente acquisito dal medico che eseguirà il trattamento, pure potendo ipotizzarsi, in caso di prestazione effettuata in strutture complesse, che il soggetto apicale possa delegarne l'acquisizione a qualsiasi medico del servizio di cui è responsabile (anche diverso dal medico che interverrà), il quale si adeguerà alle direttive opportunamente dettate quanto alla forma ed alle modalità dell'atto di ricezione, nonché all'ampiezza della stessa informazione da rendere.

Il meccanismo della delega, però, rischia di vanificare la finalità dell'informazione tutte le volte in cui il soggetto delegato non sia in grado di assolvere alla funzione affidatagli, ovvero nelle ipotesi in cui il delegato si limiti a ripetere verbalmente quanto è scritto in qualche opuscolo offerto in lettura al paziente; la delega avrà valore solo allorché il soggetto delegato sia un medico dotato di una diretta competenza allo svolgimento della specifica terapia che illustra al paziente, e sempre che, a sua richiesta, il paziente possa conferire direttamente con il medico che effettuerà il trattamento terapeutico.

Qualora l'attività sanitaria si articoli, poi, in varie fasi, ciascuna delle quali presenti rischi specifici e distinti (si pensi alla sequela: accertamenti diagnostici, pratica di anestesia, intervento chirurgico), il consenso dovrà essere acquisito dal sanitario preposto ad ogni singola fase.

Peraltro, si evidenzia che il consenso non può essere condizionato alla esecuzione della prestazione da parte di un determinato sanitario; ma non possono escludersi casi in cui sia la particolare delicatezza della prestazione medica (un difficilissimo intervento sul cuore), sia l'espressa condizione apposta dal paziente (che si sottoponga al trattamento solo a condizione che venga praticato dal medico da lui indicato), costituiscano un limite alla possibilità della sostituzione.

Per essere considerato legalmente e legittimamente valido, il consenso informato deve essere conseguente ad adeguata informazione, da rendersi secondo linguaggio chiaro e comprensibile, graduato al livello culturale del paziente.

In effetti, se non si vogliono banalizzare il significato e le funzioni del "consenso informato", occorre ritagliare il dovere di informazione in base al parametro relativo al bisogno di conoscenza espresso in concreto dal paziente.

Il medico deve fornire al paziente tutti gli elementi comparativi che gli permettano di effettuare la scelta: il *quantum* di informazione doverosa va individuato cioè attraverso un criterio finalistico che esalta la funzione strumentale dell'informazione rispetto alla consapevole autodeterminazione terapeutica.

In questa prospettiva, il medico sarà tenuto a fornire quel complesso di informazioni necessarie affinché il paziente, tenuto conto del suo livello culturale, possa comprendere la situazione clinica e decidere consapevolmente; l'impegno che il medico dovrà approfondire nell'informazione sarà quindi diverso a seconda che il paziente sia ad esempio un suo collega, ovvero un soggetto dotato di modeste conoscenze mediche, magari caratterizzato pure da una forte emotività.

Come già detto, l'informazione adeguata è quella che pone il paziente in grado di conoscere diagnosi e prognosi, metodi di cura a disposizione, nonché di valutare ogni tipo di rischio (ma non anche degli esiti anomali ai limiti del fortuito: la Suprema Corte ha affermato che l'informazione concernente le conseguenze deve avere ad oggetto soltanto quelle tipiche, cioè quelle prevedibili secondo *l'id quod plerumque accidit*, invero, una informazione eccessiva potrebbe infatti suscitare nel paziente timori ingiustificati e tali da indurlo a non sottoporsi al trattamento) e le prospettive della prestazione.

Proprio in merito all'estensione dell'obbligo di informazione, si discute se essa debba comprendere tutti i metodi di cura – frutto di protocolli scientifici – ovvero solo quello ritenuto adeguato dal medico curante rispetto alla malattia diagnosticata; secondo taluni il consenso effettivamente consapevole deva esse completo, nel senso che al paziente vanno o prospettati tutti i possibili metodi di cura – corredati dalle rispettive percentuali di guarigione e dei rischi connessi alla loro durata – in modo che quest'ultimo possa, con l'ausilio tecnico del sanitario, determinarsi verso l'una o l'altra delle scelte possibili, attraverso una cosciente valutazione dei rischi relativi e dei corrispondenti vantaggi.

L'informazione del paziente, oltre che adeguata, deve essere veritiera in relazione sia alla diagnosi, sia alla prognosi, che vanno prospettate al soggetto assistito con realismo e tenendo conto – nei limiti del possibile – dei dati statistici di cui dispone la scienza medica circa le possibilità di riuscita della terapia.

Il medico può legittimamente rifiutarsi di ottenere un valido consenso informato in presenza di taluni comportamenti che, in se e per sé, conferiscono alla pratica medica il requisito della legittimità: a) *emergenza* (legittima il medico alla valida pratica medica nel caso in cui il sanitario non abbia rinvenuto un consenso informato per le condizioni di salute del paziente che, per esempio, potrebbe mostrare uno stato di shock incompatibile ad uno stato di salute che possa rendere il paziente astrattamente idoneo a riversi quelle informazioni volte al formarsi del consenso informato); b) *rinuncia* (legittima il medico alla valida pratica medica nel caso in cui il sanitario abbia ricevuto da parte del paziente *competente* specifiche istruzioni in tale senso).

La fonte della responsabilità del medico non è costituita dall'evento dannoso in sé, ma dalla mancata preventiva comunicazione dell'eventualità dell'evento dannoso; quando il paziente lamenta il danno derivante dal mancato esercizio del consenso informato, infatti, non sostiene che il medico non ha adempiuto correttamente la prestazione sanitaria, ma afferma che, se avesse conosciuto i rischi connessi all'intervento, non lo avrebbe autorizzato.

Viceversa, il diritto alla prestazione esatta, opera sul diverso piano del risultato che il paziente intende conseguire, sia stato esso correttamente informato o meno: in questo caso, il paziente si duole del fatto che ha subito un danno per il solo fatto che la prestazione sanitaria non è stata correttamente resa.

La diversità funzionale tra responsabilità per omessa o insufficiente informazione e responsabilità colposa nell'esercizio della prestazione professionale, espressione della

disomogeneità dei beni giuridici tutelati, si riflette non solo nell'inefficacia del consenso come limite alla responsabilità per violazione di regole esecutive del trattamento, ma anche nel consolidato orientamento dottrinale e giurisprudenziale che pone a carico del sanitario la responsabilità civile per le lesioni conseguenti all'intervento, anche nel caso in cui questo sia stato correttamente eseguito, e quindi il danno fisico sia risultato inevitabile.

Ciò posto, occorre ora rilevare che la carenza dell'informazione vizia il consenso rendendolo invalido, quindi non produttivo di alcun effetto come se non fosse stato prestato: il consenso c'è o non c'è, *tertium non datur*.

L'assenza di un valido consenso rende giuridicamente rilevante il trattamento medico-chirurgico, sia esso fausto che infausto, dato che la liceità di una condotta arbitraria non può dipendere dall'esito dell'intervento.

In effetti, è proprio la mancata informazione che costituisce “*il nucleo della colpa del medico imputato nell'inosservanza del dovere di completa informazione-prescrizione sui limiti del ricorso alla terapia (...)*”: (Cass. Pen., Sez. III, 28 aprile - 4 luglio 2000; cfr. anche Cass. 23.2.2000, n. 2044).

La Corte di Cassazione con la recente sentenza n. 5444/2006, pubblicata nel marzo del 2006, ha statuito: “*L'obbligo del consenso informato è a carico del sanitario che, una volta richiesto dal paziente dell'esecuzione di un determinato trattamento, decide in piena autonomia di accogliere la richiesta e di darvi corso, a nulla rilevando che la richiesta del paziente discenda da una prescrizione di altro sanitario*”. Il caso in esame riguardava una paziente, affetta da tumore uterino, che, sottoposta a trattamento radioterapico, ha visto peggiorate le sue condizioni di salute per l'insorgenza di gravi complicazioni dovute alla terapia radiologica. Per la Suprema Corte, è obbligo dello specialista di una struttura sanitaria che esegue una terapia spiegare esattamente al paziente quali potrebbero essere gli effetti collaterali della cura, se non lo fa, viola l'obbligo del consenso informato e di tale violazione risponderà insieme alla Azienda Sanitaria.

Questa norma vale anche nel caso in cui il trattamento sia stato correttamente eseguito. Al contrario, nessuna responsabilità incombe sul professionista che ha prescritto la terapia perché i medici dell'Ausl non sono vincolati a tale prescrizione. La struttura sanitaria potrà poi rivalersi nei confronti del medico che ha iniziato la terapia e tenuto il primo colloquio con il paziente, ma non nei confronti dei medici che hanno proseguito la terapia, infatti questi ultimi non sanno se il malato sia stato preventivamente

informato dal collega dei rischi connessi all'esecuzione della terapia. Pertanto, per il configurarsi della violazione del consenso informato, non è necessaria la colpa della équipe ospedaliera nello svolgimento della terapia stessa, stante che *“la responsabilità del sanitario (e di riflesso della struttura per cui egli agisce) per violazione dell'obbligo del consenso informato discende dalla tenuta della condotta omissiva di adempimento dell'obbligo di informazione circa le prevedibili conseguenze del trattamento cui il paziente venga sottoposto e dalla successiva verifica di un aggravamento delle sue condizioni di salute, mentre è del tutto indifferente se il trattamento sia stato eseguito correttamente o meno”*. In tale pronuncia, i Giudici hanno ritenuto di condannare i medici e la Asl, in solido tra loro, al pagamento in favore della paziente del complessivo importo di € 365.000,00.

In un caso analogo, invece, i Giudici del Tribunale di Milano (sentenza del 29.03.2005), dopo avere rilevato che *“La mancata richiesta del consenso informato deve valutarsi quale autonoma fonte di responsabilità in capo ai medici per lesione del diritto costituzionalmente protetto di autodeterminazione”*, hanno affermato che *“Il danno conseguente alla mera lesione del diritto alla autodeterminazione, allorché la terapia applicata abbia comunque ottenuto il risultato della guarigione del paziente ed al medico non possa attribuirsi alcuna condotta colpevole nella esecuzione dello intervento, si estrinseca in un pregiudizio ontologicamente trascurabile e comunque di entità economica non apprezzabile”*. Sulla decisione assunta dal Tribunale di non risarcire il danno hanno influito le seguenti circostanze: a) non era stata accertata colpa medica e si era verificato un indubbio miglioramento delle condizioni di salute della paziente, poi definitivamente guarita a seguito dell'intervento; b) l'intervento praticato era stato eseguito secondo la tecnica operatoria più accreditata all'epoca e, dunque, l'astratto diritto della paziente di autodeterminarsi in vista di un possibile intervento meno invasivo non poteva trovare tutela; c) non sussisteva, neppure in astratto, un'ipotesi di reato, in quanto era stato archiviato il procedimento penale originato dalla denuncia; d) la paziente si era poi rivolta anche in seguito presso lo stesso istituto per curare un'altra patologia; e) l'attrice non aveva mai palesato, neanche in via remota, la possibilità di rifiutare l'intervento.

Dal punto di vista civilistico, la responsabilità del medico che non si sia procurato il consenso informato del cliente è di natura contrattuale; il medico deve, dunque, fornire prova dell'avvenuta prestazione del consenso informato (vedasi Cass. 12.6.1982, n. 3604; Cass. 1.12.1998, n. 12195; Cass. 10.9.1999, n. 9617).

In queste pronunce la Suprema Corte ha stabilito che la mancata od errata informazione determina un vizio del consenso; l'obbligo di informazione assume precipuo rilievo nella fase c.d. precontrattuale e trova fondamento nel dovere di comportarsi secondo buona fede durante lo svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto.

Nella citata sentenza n. 5444/2006, i Giudici della Suprema Corte testualmente rilevano: *“...l'obbligo di informazione assume rilievo nella fase precontrattuale di formazione del consenso del paziente al trattamento o all'intervento, mentre un'estensione alle fasi successive si potrebbe ipotizzare solo allorché tale fasi assumano una propria autonomia gestionale e diano luogo a scelte operative diversificate comportanti rischi diversi?”.*

In assenza di una rotativa espressa in materia, le conseguenze penali conseguenti a casi di trattamento senza consenso o con consenso invalido devono ricavarsi dai principi generali.

Non è escluso, infatti, che dal mancato consenso informato possa nascere anche una responsabilità penale del medico: ciò riverificherà tutte le volte in cui le conseguenze, indesiderate e non sorrette da consenso, dell'intervento medico comportino una lesione personale del paziente o la sua morte; infatti, le lesioni o la morte saranno perlomeno colpose e l'ordinamento vigente le configura come reati, che comportano l'applicazione di una pena penale, ricorrendo le altre circostanze.

Sotto tale ultimo profilo, merita particolare attenzione la recente sentenza n. 11335 del 14.03.2008 pronunciata dalla Corte di Cassazione Penale, IV Sezione, nella quale i Giudici di legittimità si occupano del consenso informato, accogliendo il ricorso del P.M. e della parte civile avverso la decisione del G.u.p. del Tribunale di Roma di non luogo a procedere, resa in un processo penale nel quale era imputati 14 medici.

La pronuncia è molto interessante soprattutto nella parte in cui si sofferma ad analizzare l'istituto del consenso informato ossia *“espresso a seguito di una informazione completa, da parte del medico, dei possibili effetti negativi della terapia o intervento chirurgico, con le possibili controindicazioni e l'indicazione della gravità degli effetti del trattamento”.* Il collegio di legittimità distingue, poi, tra consenso inteso come mera scriminante dell'attività medica ai sensi dell'art. 50 c.p., e consenso come manifestazione del principio di autodeterminazione desumibile dall'art 13 Cost., facendo proprio quanto già affermato in una recente sentenza (Cass. pen., sez. IV, 14 febbraio 2006), in cui la Corte ribadisce che: *“l'attività medica richiede per la sua validità e concreta liceità la manifestazione del consenso del paziente, che non si identifica con quello di cui all'art. 50 c.p., ma costituisce un presupposto di liceità del trattamento. Il consenso informato ha, come contenuto concreto, la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale (v. Cass. civile, Sezione III, 4 ottobre 2007, n. 21748)”.* La Cassazione sottolinea inoltre che: *“il criterio di disciplina medico-malato è quello della libera disponibilità del bene salute da parte del paziente in possesso delle capacità intellettive e volitive, secondo una totale autonomia di scelte che può comportare il sacrificio del bene stesso della vita e che deve essere sempre rispettata dal sanitario”.*

Nel caso di specie, la Corte penale si è spinta oltre; poiché il modulo di consenso era stato prestato in maniera “*grossolana, non satisfativa*” e “*generica*”, non poteva darsi per dimostrata la “*venuta consapevole del destinatario consenziente*”. In altre parole il mero adempimento burocratico di una frettolosa compilazione di un modulo prestampato, redatto in termini generici, non mette al riparo il medico dalla sua responsabilità.

L'obbligo di informazione del medico non si esaurisce, nè può identificarsi con il cosiddetto “*modulo di consenso informato*”, come invece da molti ritenuto e come molto spesso di fatto avviene nella prassi sanitaria.

Se ciò è vero nel processo penale, a maggior ragione deve ritenersi nel giudizio civile, ove l'onere della prova dell'esistenza del consenso informato grava sul medico nonché sulla struttura sanitaria. Questa sentenza, dunque, valorizza i principi costituzionali della autodeterminazione del paziente e di tutela della salute, desumibili dagli artt. 13 e 32 Cost., con la conseguente necessità di un'informazione da parte del medico quanto mai puntuale, onde consentire all'ammalato la scelta più idonea e consapevole in relazione al trattamento sanitario che gli viene proposto.

Si richiamano, altresì, due recenti sentenze di giudici di merito.

La prima (Tribunale Forlì, Sezione Distaccata di Cesena, 21 giugno 2007, n. 209) è molto interessante sotto il profilo probatorio; fermo restando che l'onere della prova di avere fornito un valido consenso informato è a carico dei sanitari convenuti, il Tribunale chiarisce che la sottoscrizione di un modulo prestampato e generico, senza riferimenti specifici al caso concreto, non costituisce nemmeno un indizio al riguardo.

Pertanto, il Tribunale di Forlì, in linea con il pensiero dottrinale prevalente e costante giurisprudenza, afferma che, in mancanza di un consenso informato valido, è risarcibile l'intero danno subito dal paziente e non il solo danno derivante dalla violazione del diritto all'autodeterminazione.

Nella seconda, il Tribunale Civile di Paola (Sentenza n. 462/2007) ha stabilito che “*il risarcimento del danno può essere riconosciuto per il solo fatto dell'inadempimento dell'obbligo di esatta informazione che il sanitario era tenuto ad adempiere*” e che “*tale inadempimento dà luogo al diritto al risarcimento del danno conseguente a tale specifica causa che va tenuto distinto dal risarcimento dei danni legati al tipo di intervento praticato.*” Il Giudice di merito ha quindi precisato che il risarcimento del danno da omessa o carente informazione, va tenuto distinto dal risarcimento del danno legato agli eventuali postumi di un intervento sbagliato e che, in assenza di parametri oggettivi, la sua liquidazione deve basarsi su criteri equitativi.

Nell'impianto motivazionale della sentenza, il Tribunale ha affermato che *"un orientamento più recente ha però affermato che 'la correttezza o meno del trattamento ... non assume alcun rilievo ai fini della sussistenza dell'illecito per violazione del consenso informato, in quanto è del tutto indifferente ai fini della configurazione della condotta omissiva dannosa e dall'ingiustizia del fatto, la quale sussiste per la semplice ragione che il paziente, a causa del deficit di informazione, non è stato messo in condizione di assentire al trattamento sanitario con una volontà consapevole delle sue implicazioni, con la conseguenza che, quindi, tale trattamento non può dirsi avvenuto previa prestazione di un valido consenso ad appare eseguito in violazione tanto dell'articolo 32 comma secondo della Costituzione, (a norma del quale nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge), quanto dell'articolo 13 della Costituzione, (che garantisce l'inviolabilità della libertà personale con riferimento anche alla libertà di salvaguardia della propria salute e della propria integrità fisica), e dall'articolo 33 della legge 833/78 (che esclude la possibilità d'accertamenti e di trattamenti sanitari contro la volontà del paziente, se questo è in grado di prestarlo e non ricorrono i presupposti dello stato di necessità; ex articolo 54 cp), dando la lesione della situazione giuridica del paziente inerente alla salute ed all'integrità fisica per il caso che esso, a causa dell'esecuzione del trattamento, si presentino peggiorate. Per converso, sul piano del danno conseguenza, venendo in considerazione il mero peggioramento della salute e dell'integrità fisica del paziente, rimane del tutto indifferente che la sua verifica sia dovuta ad un'esecuzione del trattamento corretta o scorretta"*.

Con questa decisione il Tribunale di Paola ha stabilito che, nel caso di specie, la parte attrice, ha *"diritto al risarcimento del danno per il semplice fatto che le è stato praticato un intervento senza renderla edotta delle possibili conseguenze negative dello stesso"*.

## **LE CATEGORIE RISARCITORIE**

Conseguenza della causazione di un danno è il risarcimento.

Nel sistema italiano, improntato ad assoluto provincialismo, fino a circa vent'anni fa, qualunque dinamica risarcitoria era incardinata in un concetto meramente patrimoniale. L'avvento nel panorama risarcitorio del danno "non patrimoniale" ed il conseguente binomio *"danno patrimoniale – danno non patrimoniale"* si radica con la c.d. sentenza Dell'Andro, n.184/86 della Corte Costituzionale, che ha istituito nel panorama risarcitorio italiano, il c.d. *danno biologico*. Successivamente all'evolversi di questa categoria "non patrimoniale" – la cui determinazione e prima ancora classificazione, ha subito una vera e propria *via crucis* fino alla promulgazione della legge 57/2001, che costituisce la prima disamina del legislatore sul tema – si sono stemperati dal danno biologico una serie di categorie risarcitorie affini, di natura non patrimoniale.

Occorre, quindi, brevemente stigmatizzare gli ambiti del danno patrimoniale per poi accedere ad una poliedrica disamina degli altri danni non patrimoniali; non si erra dal vero se questi ultimi vengono definiti "emergenti".

Il danno patrimoniale è un danno eventuale, cioè è un danno che può essere riconosciuto (a differenza del biologico- danno evento- sempre riconosciuto) solo con la coeva persistenza di due requisiti: la riduzione della capacità lavorativa specifica e la *deminutio patrimonii* . Il danno patrimoniale soggiace alla regola ferrea della prova: il legislatore pretende che sia provato compiutamente.

### **Danno patrimoniale**

Il danno patrimoniale è quel danno che la lesione arreca alla sfera patrimoniale del danneggiato. In particolare, tale fattispecie si configura quando la lesione alla persona, oltre che menomarne l'integrità psico-fisica, cioè a procurarle un danno biologico ed a perturbarne lo stato d'animo, cioè a cagionarle un danno morale (non a caso definito "*pretium doloris*"), incida altresì sulla sfera patrimoniale della persona danneggiata, provocandole un danno economico.

Il danno patrimoniale si distingue in:

- a) danno emergente, consistente in una diminuzione del patrimonio;
- b) lucro cessante, che si identifica col mancato guadagno determinato dal fatto dannoso.

E' bene rilevare in tema di danno patrimoniale da lucro cessante per la riduzione della capacità lavorativa, che secondo consolidato orientamento della giurisprudenza, "*La riduzione della capacità lavorativa generica o della capacità lavorativa specifica possono dar luogo ad un danno patrimoniale risarcibile soltanto se producano una riduzione della capacità di produrre reddito risarcibile a titolo di lucro cessante. Tale riduzione della capacità di produrre reddito, tuttavia, non può mai considerarsi in re ipsa per la sola esistenza di lesioni, ma deve essere allegata e dimostrata dal danneggiato*" (Cass. civ. u\_ 20591/2004, Danno e Resp., 2005, 210).

Figure emergenti del danno patrimoniale in senso stretto, sono il danno da "perdita di chance" ed il danno futuro.

Nel primo, viene risarcita, ovviamente se provata, la probabilità (attenzione: non la certezza) del verificarsi di un danno; quindi, si procede da un fatto certo, la lesione iniziale per arrivare ad uno incerto (si pensi ad un concorso al quale un esaminando non viene ingiustamente ammesso: qui la lesione sussiste ab initio, cioè la ingiusta sua non ammissione; non v'è certezza che poi il soggetto avrebbe superato il concorso, ma è indubbio che gli sia stata castrata la speranza) che deve essere valutato con un giudizio prognostico a priori.

Nel secondo, il danno futuro, viene ad essa risarcito un danno patrimoniale certo che si verificherà con certezza in futuro, che comunque allo stato non sussiste, per non essersi ancora consolidato.

In conclusione, nulla di nuovo vi è in tema di danno patrimoniale, a differenza del danno non patrimoniale che sta vivendo la proliferazione di figure nuove, non tutte obiettivamente meritevoli di considerazione.

### **Danno non patrimoniale**

Passando alla breve disamina del “mondo non patrimoniale”, v'è da dire che prima dell'avvento della nuova figura di danno esistenziale, la carenza delle tipologie risarcitorie e i limiti posti dal Giudice e dalle leggi alla risarcibilità del danno biologico e di quello morale, spinse la dottrina e la giurisprudenza ad elaborare ulteriori figure di danno non patrimoniale (alla vita di relazione, estetico, sessuale, alla serenità familiare, edonistico, riflesso, a cascata, indiretto, di rimbalzo).

Oggi il danno esistenziale, inteso quale modificazione negativa delle modalità attraverso le quali il soggetto esplica la propria personalità, può comprendere in sé tutte le voci di danno non patrimoniale, distinte da quello biologico e morale. Invero, laddove ciascuna di tali voci non dovesse essere totalmente assimilata a quella di danno esistenziale, si presenterebbe come sottocategoria di quest'ultimo, conservando così autonomia concettuale.

In particolare, il **danno alla vita di relazione** veniva individuato dalla giurisprudenza di legittimità nei casi in cui il danno fisico, oltre a determinare una diminuzione della capacità lavorativa e dunque di guadagno, si ripercuoteva sulla sfera dei rapporti sociali ed economici di un individuo, fino a menomare le sue possibilità di realizzazione (Cass. 1439/1972). Oggi, la dottrina ritiene diversamente che tale fattispecie sia priva di utilità, posto che, relativamente ai suoi aspetti patrimoniali, il danno alla vita di relazione può confluire interamente nel danno patrimoniale, mentre relativamente ai suoi aspetti non patrimoniali, esso si configura come un aspetto del danno esistenziale.

In merito, è da segnalare che, con una recente pronuncia, la n. 9514/2007, la Corte di Cassazione, sez. III civ., ha affermato invece che *“In presenza di una lesione dell'integrità psicofisica della persona, il danno alla vita di relazione (come il danno estetico o la riduzione della capacità lavorativa generica) costituisce, una componente del danno biologico perché si risolve nell'impossibilità o nella difficoltà di reintegrarsi nei rapporti sociali per gli effetti di tale lesione e di mantenerli a un livello normale, cosicché anche quest'ultimo non è suscettibile di autonoma valutazione rispetto al danno biologico, ancorché costituisca un fattore di cui il giudice deve tenere conto per accertare in concreto la misura di tale danno e personalizzarlo alla peculiarità del caso (Cassazione 26/02/2004, n.3868)”*.

Circa il **danno estetico**, definito come quel pregiudizio arrecato alla fisionomia ed alla bella presenza della persona sia in condizioni statiche che dinamiche, esso si traduce, da

un lato, in un danno alla vita di relazione dell'individuo, in quanto pregiudica la sua capacità di acquisire specifiche posizioni sociali, fare carriera, mettere su famiglia, sposarsi, dall'altro, in un danno morale, correlato alla sofferenza psichica derivante alla vittima dalla menomazione estetica.

Secondo l'orientamento dominante della giurisprudenza, il danno estetico è solo una componente del danno biologico (sent. n. 1168/95; n. 3686/96; n. 10762/99). Ed infatti il danno biologico comprende ogni pregiudizio diverso da quello consistente nella diminuzione o nella perdita della capacità di produrre reddito che la lesione della integrità fisica e psichica della persona abbia provocato alla vittima, ed ingloba pertanto, se esistente, il danno estetico o fisionomico. Qualora la lesione dell'integrità fisica e psichica si manifesti in forme suscettive anche di alterare o deturpare l'aspetto esteriore della persona, pregiudicandola nei rapporti interpersonali, il giudice deve tenerne conto in sede di liquidazione del danno biologico complessivo mediante una personalizzazione qualitativa e quantitativa dei parametri adottati a tal fine.

Tra le ulteriori voci di danno (non patrimoniale) elaborate da dottrina e giurisprudenza allo scopo di rimediare alle carenze applicative dell'art. 2059 c.c., e che possono essere messe a confronto con la figura del danno esistenziale, vi sono:

- a) il **danno alla serenità familiare**, categoria di danno non patrimoniale completamente assorbito dal danno esistenziale, ove per ambedue le voci è possibile risarcire il danno fuori dai casi di reato;
- b) il **danno alla riservatezza**, consistente nella tutela di quelle situazioni che appartengono alla sfera strettamente personale dell'individuo (le quali, anche se verificatesi al di fuori dell'ambiente eminentemente domestico, non rivestono interesse socialmente apprezzabile per i terzi) contro le ingerenze che sebbene lecitamente compiute, per scopi non necessariamente speculativi e senza offesa per l'onore, la reputazione e il decoro, non risultano, tuttavia, giustificate da preminenti interessi pubblici (Cass. 2129/1975). Tale voce di danno ha ricevuto espresso riconoscimento normativo dal testo unico in materia di trattamento dei dati personali (D.lvo 196/2003) in base al quale chiunque cagiona danno ad altri per effetto del trattamento di dati personali è tenuto al risarcimento ai sensi dell'art. 2050 c.c. (danno conseguenza). Attualmente tale voce di danno è fatta rientrare nell'ambito della categoria del danno esistenziale, posto che la violazione dei dati personali (sotto il profilo del danno non patrimoniale) si traduce in un pregiudizio delle attività realizzatrici dell'individuo leso

nella dimensione più intima della sua quotidianità e, dunque, meritevole di risarcimento (danno evento);

c) il **danno alla vita sessuale**, consistente nella compromissione di una delle più marcate manifestazioni dell'individualità della persona umana e, per ciò stesso, da considerare danno esistenziale. La sessualità esorbita dal rigido ambito medico per rientrare in dimensioni relazionali che attengono alla “mera soddisfazione e gioia esistenziale”, ancorché sussista autonoma risarcibilità in presenza di lesioni del diritto alla salute. A sostenere tale tesi ci ha pensato di recente la Suprema Corte con sent. n. 2311 del 2 febbraio 2007 secondo cui il diritto alla sessualità deve essere inquadrato tra i diritti inviolabili della persona come *modus vivendi* essenziale per l'espressione e lo sviluppo della persona. Se certo la perdita della sessualità costituisce anche danno biologico (la cui valutazione nelle tabelle medico legali convenzionali supera normalmente il livello della micropermanente e determina un rilevante ritocco del punteggio finale) consequenziale alla lesione per fatto della circolazione, non può ciò nondimeno negarsi che la perdita o la compromissione anche soltanto psichica della sessualità (come avviene nei casi di stupro e di pedofilia) costituisca di per sé un danno esistenziale, la cui rilevanza deve essere autonomamente apprezzata e valutata equitativamente in termini non patrimoniali e con una congrua stima dell'equivalente economico del debito di valore;

d) il **danno riflesso**, che individua le ipotesi di danni risarcibili ai prossimi congiunti del soggetto vittima del fatto lesivo, in ragione del rapporto giuridico che li unisce, ovvero della loro vicinanza con la vittima primaria. Parte della giurisprudenza lo fa rientrare nell'ambito del danno morale (Trib. Palermo 1 giugno 2001 e Trib. Como 12 ottobre 2001), altra parte, invece, nell'ambito del danno esistenziale (Trib. Agrigento 4 giugno 2001) in quanto la lesione, muta le abitudini quotidiane dei prossimi congiunti della vittima, causando danni diretti ed immediati identificabili in termini di perdita di qualità personali. Anche in questo caso, però, l'orientamento più accreditato è per un assorbimento di tale voce di danno in quello esistenziale, che “toglie ai contorti riferimenti in esame qualsiasi sovranità o significato pratico”.

Prima avevo accennato ad una recente ordinanza di un magistrato della Corte di Cassazione, il quale pone una nuova radicale riclassificazione delle categorie di danno *non patrimoniale*. E' quella emanata dal dr. Travaglino in data 19 febbraio 2008 e che vuole, appunto con la nuova riclassificazione, porre rimedio ed ordine *in subjecta materia*

a tutta quella serie di sperequazioni, duplicazioni generate dal proliferare dei nuovi danni emergenti non patrimoniali, mai classificati dal legislatore ed inquadrati in una chiara legge.

E' talmente interessante il quadro innovativo che emerge da questa ordinanza e dai quesiti posti dal dr. Travaglino, che è parso doveroso riportare il passo saliente di quella pronuncia:

*“Le attuali posizioni giurisprudenziali (e ancor più dottrinarie), caratterizzate da forti momenti di contrasto (e da non poca confusione) sugli aspetti morfologici e funzionali del danno non patrimoniale postula, dunque, un nuovo e non più rinviabile intervento delle sezioni unite di questa corte, intervento, d'altronde, sempre più intensamente auspicato in tutti gli ambienti (forensi, dottrinari, giurisprudenziali) degli attuali operatori del diritto, onde fornire definitiva risposta ai molteplici quesiti che il tema del danno non patrimoniale tuttora pone, e che possono così sintetizzarsi:*

1) *Rispetto alla tripartizione delle categorie del danno non patrimoniale operata dalla corte costituzionale nel 2003, è lecito ed attuale discorrere, a fianco del danno morale soggettivo e del danno biologico, di un danno esistenziale, con esso intendendosi il danno derivante dalla lesione di valori / interessi costituzionalmente garantiti, e consistente nella lesione al fare a-reddituale del soggetto, diverso sia dal danno biologico (cui imprescindibile presupposto resta l'accertamento di una lesione medicalmente accertabile) sia dal danno morale soggettivo (che attiene alla sfera dell'intimo sentire)?*

2) *I caratteri morfologici del danno “esistenziale” così rettammente inteso consistono nella gravità dell'offesa del diritto costituzionalmente protetto (come pur postulato da autorevole dottrina), ovvero nella gravità e durezza delle conseguenze dannose scaturenti dal comportamento illecito ?*

3) *Va dato seguito alla teoria che distingue tra una presunta “atipicità dell'illecito patrimoniale” rispetto ad una presunta “tipicità del danno non patrimoniale” (Cass. 15022/2005, secondo la quale, come si è già avuto modo di ricordare in precedenza, mentre per il risarcimento del danno patrimoniale, con il solo riferimento al danno ingiusto, la clausola generale e primaria dell'art. 2043 c. c. comporta un'atipicità dell'illecito, eguale principio di atipicità non può essere affermato in tema di danno non patrimoniale risarcibile che sarebbe, dunque, tipico in quanto la struttura dell'art. 2059 c. c. limita il risarcimento del danno non patrimoniale ai soli casi previsti dalla legge”), o va piuttosto precisato che quello della atipicità dell'illecito di cui alla Generalklausel dell'art. 2043 è concetto riferibile all'evento di danno, inteso (secondo la migliore dottrina che si occupa dell'argomento fin dagli anni 60) come lesione di una situazione soggettiva giuridicamente tutelata, e giammai come conseguenza dannosa dell'illecito, sì che il parallelismo con la (pretesa, ma non dimostrata) “tipicità del danno non patrimoniale” parrebbe confondere, anche rispetto a tale ultima fattispecie, il concetto di evento di danno con quello di conseguenza dannosa dell'evento ?*

4) *Deve, ancora, darsi seguito all'orientamento, espresso da Cass. n. 23918 del novembre 2006, secondo il quale il dictum di cui alla sentenza a sezioni unite di questa corte del precedente mese di marzo doveva intendersi limitato, quanto al riconosciuto danno esistenziale, al solo ambito contrattuale, ovvero affermarsi il più generale principio secondo cui il danno esistenziale trova cittadinanza e concreta applicazione tanto nel campo dell'illecito contrattuale quanto in quello del torto aquiliano?*

5) *A quale tavola di valori/interessi costituzionalmente garantita pare corretto riferirsi, oggi, per fondare una legittima richiesta risarcitoria a titolo di danno esistenziale?*

*In particolare, un danno che non abbia riscontro nell'accertamento medico, ma incida tuttavia nella sfera del diritto alla salute inteso in una ben più ampia accezione (come pur postulato e predicato in sede sovranazionale) di "stato di completo benessere psico-fisico" può dirsi o meno risarcibile sotto una autonoma voce di danno esistenziale da lesione del diritto alla salute di tipo non biologico dacché non fondato su lesione medicalmente accertabile? (la questione trova una sua possibile, concreta applicazione, tra le altre, nella vicenda dell'uccisione dell'animale di affezione, di cui sopra si è dato cenno);*

*6) Quali sono i criteri risarcitori cui ancorare l'eventuale liquidazione di questo tertium genus di danno onde evitare illegittime duplicazioni di poste risarcitorie?*

*Possono all'uopo soccorrere, in parte qua (come accade per il danno morale soggettivo) le tabelle utilizzate per la liquidazione del danno biologico, ovvero è necessario provvedere all'elaborazione di nuove ed autonome tabelle?*

*7) Quid iuris, ancora, in ordine a quella peculiare categoria di danno cd. "tanatologico" (o da morte immediata), la cui risarcibilità è stata costantemente esclusa dalla giurisprudenza tanto costituzionale quanto di legittimità, ma che pare aver ricevuto un primo, espresso riconoscimento, sia pur a livello di mero obiter dictum, con la sentenza n. 15760 del 2006 della III sezione di questa corte?*

*8) Quali sono, in concreto, gli oneri probatori e gli oneri di allegazione posti a carico del danneggiato che, in giudizio, invochi il risarcimento del danno esistenziale (il problema si è posto in tutta la sua rilevanza in fattispecie quali quella dell'uccisione di un figlio minore: la relativa domanda risarcitoria è stata, difatti, negata, con riferimento al caso di specie, da Cass. 20987/2007, proprio in relazione ad una vicenda di uccisione di una giovanissima figlia, per insufficiente allegazione e prova, da parte dei genitori/attori, della relativa situazione di danno, diversa da quella relativa al danno morale soggettivo e da quella psicofisica di danno biologico)".*

*Le sezioni unite sono altresì chiamate a dare conferma (o, eventualmente, a precisare o modificare), sulla base della propria stessa giurisprudenza, in ordine ad alcune ulteriori proposizioni, che possono così sintetizzarsi:*

*1) il danno patrimoniale è risarcibile ex art. 2043 c.c., quello non patrimoniale secondo il combinato disposto degli artt. 2043 + 2059 c.c.;*

*2) la categoria del danno patrimoniale si articola nelle due sotto-voci del lucro cessante e del danno emergente;*

*3) la categoria del danno non patrimoniale si articola a sua volta in un sottosistema composto dal danno biologico in senso stretto, dal danno esistenziale, dal danno morale soggettivo;*

*4) il danno biologico e il danno esistenziale hanno morfologia omogenea (entrambi integrano una lesione di fattispecie costituzionali, quella alla salute il primo, quelle costituite da "valori/interessi costituzionalmente protetti" il secondo) ma funzioni diversificate (anche per volontà del legislatore ordinario), con conseguenti differenze sul piano dei parametri valutativi delle poste risarcitorie;*

*5) in particolare, il danno esistenziale attiene alla sfera del fare a-reddituale del soggetto, e si sostanzia nella lesione di un precedente "sistema di vita", durevolmente e seriamente modificato, nella sua essenza, in conseguenza dell'illecito;*

*6) il danno morale soggettivo si caratterizza, invece, per una diversa ontogenesi, restando circoscritto nella sfera interiore del sentire, mai destinata all'obiettiva esteriorizzazione;*

*7) tanto il danno esistenziale quanto il danno morale soggettivo sono incondizionatamente risarcibili entro i limiti della riserva di legge di cui all'art. 2059 c.c.;*

*8) tanto il danno esistenziale quanto il danno morale soggettivo sono risarcibili anche oltre quei limiti se (e solo se) il comportamento del danneggiante abbia inciso su valori/interessi costituzionalmente tutelati (e il superamento del limite*

della riserva di legge vale tanto per l'una quanto per l'altra categoria di danno, come si legge testualmente nella sentenza 8828/2003 della S.C.);

9) tanto il danno esistenziale quanto il danno morale soggettivo sono risarcibili se (e solo se) di entrambi il danneggiato fornisca la prova (anche mediante allegazioni e presunzioni), non esistendo, nel nostro sottosistema civilistico, danni in re ipsa".

P.Q.M.

La Corte rimette gli atti del procedimento al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle sezioni unite".

Ho avuto l'opportunità di partecipare ai lavori congressuali del recente convegno organizzato dalla Scuola "Melchiorre Gioia" di Pisa di cui faccio parte, unitamente al dr. Giacomo Travaglini. Questi ha esposto più dettagliatamente il suo pensiero nel corso del suo intervento e soprattutto ha anticipato che il 24 giugno 2008 le sezioni unite decideranno sui quesiti innanzi evidenziati.

E' doveroso illustrare brevemente alcune tappe fondamentali che hanno costituito un "cardine" del complesso processo *in fieri* della categoria del danno non patrimoniale.

**1942** - la sua nascita con l'introduzione dell'art. 2059 c.c.;

**1974** - per la prima volta in una sentenza del Tribunale di Genova, si parla di danno biologico inteso come danno alla vita di relazione e dunque ricondotto nelle fattispecie di cui all'art. 2043 c.c.;

**1991** - per la prima volta, l'illustre prof. Cendon parla di danno esistenziale (in una conversazione tra intellettuali);

**2000** - dopo aver "convissuto" per un decennio con reiterati tentativi da parte del figlio - danno esistenziale - di compiere un parricidio nei confronti del padre - danno biologico - in questo anno, il legislatore per la prima volta parla di "lesione medicalmente accertabile", affermazione questa che apre sconfinata praterie al danno esistenziale;

**2003** - è l'anno delle c.d. "sentenze gemelle" n. 8827 - 8828 della Corte di Cassazione, avallate dalla successiva pronuncia della Consulta 233 del luglio 2003; in particolare a pagina 24 della sentenza n. 8827 il Giudice di legittimità afferma che "*è doveroso riconoscere tutela ai valori ed agli interessi costituzionalmente garantiti*", negando in questo modo - almeno all'apparenza - il danno esistenziale, ma riconoscendolo sostanzialmente allorché a pagina 34, osserva che devono essere risarciti oltre al danno biologico ed a quello soggettivo, "*gli altri danni costituzionalmente garantiti*".

Dopo il 2003 il quadro del danno alla persona diviene sempre di più ricco di ombre e meno chiaro. I criteri risarcitori di conseguenza sono arbitrari e distonici. Proprio il dr. Travaglini, in occasione del citato convegno, ha affermato che "*...solo uno psicoterapeuta*

*potrebbe essere in grado di stabilire il discrimen tra un danno e l'altro, tra un caso e l'altro, tra una sentenza e l'altra".* Manca quindi un filo conduttore che funga da collante fra le varie interpretazioni.

**2006** - è l'*annus horribilis* del danno alla persona in quanto le pronunce delle varie sezioni della Corte di Cassazione sono assolutamente distoniche. Non c'è accordo su nulla e ci si accapiglia letteralmente sul danno esistenziale: esiste o non esiste? È un danno contrattuale o aquiliano? Come si prova? Come si liquida?

**2008** - è l'anno dell'ordinanza del dr. Travaglino e - ci si augura - della sentenza chiara e definitiva delle sezioni unite.

In ogni caso, il panorama che emergerà dalla “risposta” che le Sezioni Unite daranno a questi quesiti, prima ancora del dibattito dottrinario che ne conseguirà, sarà destinato a lasciare il segno, in modo pregnante, nell’ universo risarcitorio non patrimoniale dei prossimi lustri. I giudici di merito non potranno non considerare quel solco marcato dal giudice di legittimità.

Ancora una volta, carente il legislatore, è stato il coraggio di un bravo giurista a supplire alla “*vacatio legis*”, sentendo l’esigenza di porsi il problema e, magari, di risolverlo...

### **Brevi riflessioni conclusive**

In conclusione, in tema di responsabilità medica, è evidente che oramai si sia rotto quel patto sociale tra medico e paziente, con la conseguenza che per espletare, oggi, la “*più nobile delle arti e missioni*” occorra accettare un livello di rischio la cui soglia si è elevata in modo esponenziale.

Al di là delle ragioni, che possono essere molteplici – e non da ultime la pressione mediatica e la “*vis compulsiva predatoria*” contro il medico – questo è un dato di fatto imprescindibile, tale da far divenire quello che era definito un demiurgo, un sacerdote, un taumaturgo, un vero e proprio nemico.

Non si vuole scoraggiare la classe medica. Tutt’altro! Quest’analisi, spietata, è purtroppo realistica e stigmatizza non solo il panorama giudiziario italiano ma l’intera realtà occidentale, ed americana in particolare.

L’unico modo che ha il medico di difendersi è professare “*con scienza e coscienza*”, secondo quell’antico “*brocardo*” sempre attuale. E’ necessario porre maggiore attenzione ad altri aspetti che un tempo si stemperavano nella cosiddetta “umanità”, che il paziente si attendeva dal “dottore”. Uno di questi, come abbiamo visto, è proprio il consenso informato. Dove sia poi il “*discrimen*” tra l’obbligo di partecipare al paziente il suo stato

(e la relativa terapia) e quello di impedirgli un male maggiore dal contraccolpo per esserne venuto a conoscenza, è un elemento che il medico deve valutare e – appunto con scienza e coscienza – decidere, calibrando da caso a caso. Quello del consenso informato è un istituto recente e – diciamolo francamente – ostico per il medico, sempre lontano dal mondo del diritto. Se poi si aggiunge che non sussiste nella normativa italiana uno specifico corpus sulla materia, diviene particolarmente difficoltosa l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio idoneo a bilanciare l'interesse del paziente e quello del medico. In un contesto, peraltro, nel quale sarebbe opportuno che (anche qui!!!) l'oramai annosa carenza legislativa venisse colmata da una disciplina *ad hoc*.

Dottrina e giurisprudenza non possono, infatti, sempre supplire alla frammentaria e contraddittoria normativa vigente ed i giuristi attendono, con speranza, che anche il silente legislatore si aggiorni alle nuove esigenze mediche maturate negli ultimi decenni. Anche perché l'amante del diritto non può continuare a rimanere “colposamente inerte” dinanzi ad alcuni (per fortuna, non tutti) provvedimenti dei giudici di merito in sede civile, che stanno conducendo quella che da sempre è stata, per antonomasia, una mera obbligazione di mezzo a divenire (oramai) una di risultato.

Appunto, “*Quid iuris de jure condendo?*”

Milano, 27 maggio 2008.



**Milano**